USFQ_LAW REVIEW
Volumen VIII, Núm. 1 • mayo 2021
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014



Un acercamiento al estado plurinacional y el estado constitucional de derechos: dicotomías entre justicia indígena y ordinaria

An approach to the plurinational state and the rule of law: dichotomy between indigenous law and ordinary law

Martín Cordovéz Aguas*
Miguel Ángel Villegas Pérez**
Rafaella Romo-Leroux Chacón***

Recibido / Received: 26/01/2020
Aceptado / Accepted: 30/03/2021
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2180

Citación:
Cordovéz Aguas, M., Romo-Leroux Chacón, R., Villegas Pérez, M.A. «Un acercamiento al estado plurinacional y el estado constitucional de derechos: dicotomías entre justicia indígena y ordinaria». *USFQ Law Review, Vol 8, no 1,* mayo de 2021, pp. 119 - 143, doi: 10.18272/ulr.v8i1.2180

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mcordovezaguas@estud.usfq.edu.ec martincordovez99@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-8878-8888

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mvillegas1@estud.usfq.edu.ec / snapmiguelav@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-8782-320X

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: rromo-leroux@estud.usfq.edu.ec / rafaelaromoleroux@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-8094-6346

Resumen

A partir del reconocimiento de la justicia indígena en la constitución de 1998, surgieron una serie de debates acerca de su alcance, límites y prácticas. Las implicaciones de las costumbres aplicadas por los pueblos y nacionalidades tienen tal trascendencia que discuten el concepto mismo de Estado constitucional de derechos establecido en la constitución de 2008. El presente escrito propone un análisis de los conflictos derivados de la convergencia de dos sistemas de aplicación de justicia en un mismo territorio. Además, plantea un estudio de la evolución del concepto de estado de derecho ligado a las nociones de plurinacionalidad y pluriculturalidad contemporáneas. Para concluir esboza un análisis acerca de la limitación de la justicia indígena como una vulneración a su derecho a la cultura, mismo que es reconocido internacionalmente.

Palabras clave

Justicia indígena; derecho constitucional; derechos humanos; jurisdicción; estado de derecho

Abstract

Since the recognition of indigenous justice in the Ecuadorian constitution of 1998, a series of debates concerning its scope, limits, and practices have emerged. The social and political implications of the indigenous peoples' customs have such transcendence that they challenge a Constitutional State of Laws concept. This paper proposes an analysis of the conflicts that arise from the convergence of two systems of justice within the same territory. Furthermore, it offers a study on the evolution of the concept of Rule of Law linked to plurinationalism and multiculturalism. To conclude, it analyzes the limitation of indigenous justice as a violation of these communities' right to culture, which is internationally recognized.

Keywords

Indigenous justice; constitutional law; human rights; jurisdiction; rule of law

1. Introducción

A partir del 2008 se implementó un modelo garantista en el Ecuador en el que los derechos que son reconocidos en la constitución tienen como sustento de eficacia su respectiva garantía. Consecuentemente, un derecho fundamental puede existir como tal, pero solo será efectivo si puede ser garantizado. La garantía de un derecho puede ocurrir de manera positiva, cuando el Estado tiene que hacer algo para hacerlo efectivo, como sería el caso del derecho a la salud o a la educación. También puede ser garantizado de manera negativa o de abstención como ocurre con el derecho a la libertad de expresión donde el Estado no debería interferir, salvo casos excepcionales. Claramente los derechos fundamentales van a requerir ambos tipos de garantía, ya sea porque el Estado de alguna manera va a tener que abstenerse o porque va a tener que adoptar medidas positivas para promoverlos.

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que son parte del Ecuador tienen derechos colectivos reconocidos en diferentes textos legales en nuestro ordenamiento, pero el más controversial ha sido el derecho a conservar su justicia. Controversial porque ha generado diferentes reacciones por parte de la academia y la jurisprudencia nacional. El propósito de este documento es abordar el contexto contemporáneo de la justicia indígena y exponer algunos de los conflictos más importantes en el ejercicio de dos sistemas de justicia que convergen en un mismo territorio. Además, se busca analizar si limitar el ejercicio de la justicia indígena constituye una vulneración de su derecho a la cultura y hasta qué punto el Estado puede intervenir en las comunidades ancestrales del Ecuador.

Con base en lo mencionado, en el desarrollo de este artículo se pretende: (i) exponer el contexto de la justicia indígena en Ecuador; (ii) describir las teorías acerca de la acepción del estado constitucional de derechos desde su sentido objetivo; (iii) evidenciar algunos de los conflictos más relevantes en el ejercicio de dos sistemas de justicia en un mismo territorio; y (iv) analizar si limitar el derecho indígena constituye una vulneración a su derecho a la cultura y hasta qué punto puede intervenir el Estado a partir del reconocimiento de sus costumbres en la constitución del 2008. De esta manera se pretende analizar el fenómeno del pluralismo jurídico en Ecuador acercando a la justicia indígena a una construcción académica en el desarrollo de una cultura jurídica propia en el país.

2. Estado constitucional de derechos

Para empezar, cabe señalar el artículo primero de la Constitución que establece que "el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional

y laico".[1] Cuando el artículo menciona que Ecuador es un país plurinacional e intercultural hace referencia a la amplia diversidad que existe en el país. Se debe resaltar que la plurinacionalidad ha sido definida como una "organización política y jurídica de los Pueblos y Nacionalidades"[2] que surge dado que varias de ellas se "unen bajo un mismo gobierno y Constitución".[3]

La plurinacionalidad nace del reconocimiento de la existencia de identidades diversas que conviven en un mismo país. De hecho, para Mónica Chuji el reconocimiento no debe ser solamente de la existencia de la diversidad, sino también de su posición como sujetos políticos, lo cual implica una participación en la toma de decisiones del Estado.[4] La interculturalidad puede ser definida como "la interrelación de las diversas culturas de los pueblos que habitan dentro de un mismo territorio".[5]

En el ámbito internacional, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) se firmó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas con el propósito de garantizar, proteger y respetar sus derechos colectivos. Dentro de este instrumento internacional, el artículo tercero establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".[6] En la misma declaración, el artículo cinco reconoce que estos pueblos tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas.

En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, se reconoce también su derecho consuetudinario en el artículo ocho numeral uno, que prescribe "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario".[7] Además, en el numeral dos del mismo artículo establece que:

> Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.[8]

1 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008
2 Ramón Eduardo Burneo. *Derecho Constitucional del Ecuador*, versión alfabética. (Quito: CEP, 2013), 371.
3 Ibid.
4 Ibid., 372.
5 Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC. 28 de noviembre de 2008.
6 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Artículo 3.
7 Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales (1989). Artículo 3.
8 Id., Artículo 8.

Un artículo trascendental en la discusión de la justicia indígena es el octavo de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde se establece que los individuos y comunidades ancestrales tienen derecho a no sufrir asimilación forzada o la destrucción de su cultura. Por esto, el Estado está obligado a generar mecanismos para prevenir y reparar las afectaciones a su integridad, sus valores culturales o identidad étnica. ¿Puede el derecho formar parte de la cultura? Resulta persuasivo afirmar que sí, puesto que la cultura es un "conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico".[9] En esta definición se debe comprender que la cultura será también el conjunto de un modo de vida y las costumbres que se tienen. Norberto Bobbio dice:

> Nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección.[10]

Si el ser humano está en un mundo de normas, su desarrollo personal es limitado y en parte direccionado por las mismas. Por lo que se debe entender que proteger los derechos de las comunidades indígenas es de suma importancia y que, si somos consecuentes con la Declaración de las Naciones Unidas, privarles de ellos constituiría un acto en contra de sus derechos internacionalmente reconocidos y podría incluso atentar contra su conservación como cultura.

En esta línea, el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana reconoce que:

> Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.
> El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.[11]

Tras el reconocimiento constitucional de estos derechos han ocurrido varios conflictos que los cuestionan tanto en la academia como en la línea jurisprudencial del país. De hecho, en un intento por armonizar tanto la justicia ordi-

9 RAE
10 Noberto Bobbio. *Teoría general del Derecho,* V Edición. (Bogotá: Temis, 2019), 3.
11 Artículo 171, Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449, 20 de octubre de 2008

naria como la indígena, se propuso el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria. Jaime Vintimilla dice respecto de estos proyectos de ley:

> No son actos legislativos para reconocer y menos aún para establecer la justicia indígena, sino instrumentos que aclaran los detalles de sus relaciones externas. Estas relaciones son complejas, porque (…) se trata de un pluralismo jurídico, en otras palabras, de la presencia de varios órdenes jurídicos que se encuentran vigentes, que conviven, y que se desarrollan en el mismo espacio geográfico.[12]

3. Del estado de derecho al estado constitucional de derechos y justicia

Rafael Oyarte inicia su libro de derecho constitucional señalando que esta rama del derecho debe ser estudiada dentro de tres dimensiones. Una primera dimensión de la norma, otra del hecho social y una tercera dimensión de los valores.[13] Por ello, es importante resaltar uno de los cambios más importantes entre la constitución de 1998 y la de 2008 para poder comprender con mayor profundidad las tres dimensiones del derecho, pero además en concreto sobre la justicia indígena.

Uno de los temas más discutidos en torno a las diferencias entre la constitución del Ecuador de 1998 y la del 2008, es su primer artículo. La Constitución del Ecuador de 1998 en su artículo uno establecía que "el Ecuador es un estado social de derecho […]".[14] Por el otro lado, la Constitución del 2008 destaca que "el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia".[15] Este cambio fue analizado por la Corte Constitucional, la cual en su interpretación determinó que:

> […] la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamien-

12 Jaime Vintimilla Saldaña. *Ley orgánica de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Quito: Cevallos, 2012, 15.

13 Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional,* Edicion VII. Quito: Editorial CEP, 2019, 47.

14 Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador [derogada], Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.

15 Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008

> to, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.[16]

El paso de ser un Estado de derecho a convertirse en un Estado constitucional de derechos y justicia, tiene una importancia singular debido a que Ecuador había mantenido a lo largo de su historia un mismo tipo de Estado: el Estado de derecho.

El estado de derecho, para Rafael Oyarte, es aquel en el que "todos los hombres principalmente los gobernantes, someten todos sus actos a la juridicidad".[17] Por otro lado, en la nueva concepción de un estado constitucional de derechos y justicia social, Ramón Eduardo Burneo considera que:

> El Estado social de Derecho, es una categorización que tiene contenido específico en el Derecho Universal; significa una organización política regida por una autoridad no arbitraria, sino encuadrada en los límites que determinan el respeto a las personas y el servicio a la sociedad.[18]

Para Oyarte "el Estado Social de Derecho no es un Estado legal de Derecho, es un Estado material" que controla el contenido "de la actividad estatal y no de mera formalidad"[19] al momento en que se ejerce el poder del Estado. El autor plantea que "el Estado social de derecho no sólo legaliza el poder, sino que legitima el poder".[20]Lo que caracteriza a un Estado Social de Derecho, es la concepción de que exista una verdadera protección a los derechos fundamentales, pero esta protección no sólo se activa en casos de ilegalidades sino también en caso de arbitrariedades.

4. Acepciones de la connotación "derechos" en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El primer artículo de la Constitución vigente, que menciona el concepto de Estado Constitucional de Derechos, ha sido catalogado como un concepto ambiguo con diferentes connotaciones que han dado lugar a varias discusiones. Estas connotaciones son parte de una posible interpretación del texto constitucional que podrían dar luz a diversas soluciones jurídicas. Cuando se habla de un estado constitucional de derechos, se puede plantear una discusión en forma subjetiva la cual busca simplemente reafirmar una abundancia de derechos subjetivos y de sujetos. También se puede abordar esta definición

16 Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC. Corte Constitucional, 28 de noviembre de 2008.
17 Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional,* 131.
18 Eduardo Burneo. *Derecho Constitucional del Ecuador*, 231.
19 Rafael Oyarte. *Derecho Constitucional* 131.
20 Ibid.

desde una segunda mirada que busca la incorporación del estado constitucional de derecho o hace referencia a la existencia de dos derechos objetivos.

Podría parecer un trabajo sin sentido analizar la letra s al final de la palabra derechos. Sin embargo, esta letra puede dar a este concepto ambiguo varias definiciones. De hecho, se ha llegado a afirmar la existencia de dos corrientes de posibles definiciones. Para Marcel Andrés Jaramillo, la primera connotación "puede ser entendida como un sinónimo del Estado Constitucional de Derecho".[21] Gustavo Zagrebelsky[22] entiende que mediante una evolución teórica del estado de derechos al estado constitucional de derechos, la academia ha denominado estado de derechos a un estado constitucional.[23] Zagrebelsky determina que:

> […] Para establecer una diferencia con el Estado de derecho decimonónico, hoy se habla a veces de Estado de derechos. En el plano del derecho constitucional, este punto de llegada puede considerarse como la consecuencia de fenómenos más generales que sacuden completamente el campo de la experiencia política y la ética contemporánea.[24]

Dentro de esta corriente también se maneja la posibilidad de que el constituyente cometió un "pleonasmo jurídico".[25] Como se ha discutido, estamos frente a la posibilidad de dos conceptos. En este sentido, podría existir un intérprete que afirme que los conceptos son lo mismo y hubo un error por parte del legislador, como también otro intérprete que asevere que estamos frente a una nueva concepción de Estado.

Para los segundos intérpretes, la existencia de un estado constitucional de derechos constituye no un error, sino un acierto voluntario por parte del legislador. Dentro de esta segunda corriente se defiende que:

> La evolución de un monismo o centralismo jurídico a un pluralismo jurídico; y por otro, una nueva concepción de los derechos fundamentales, que invaden todo el texto constitucional superando la clásica distinción entre la parte dogmática y orgánica de la Constitución.[26]

Esta corriente tiene como fundamento la idea principal de que un Estado está en constante proceso de cambio o evolución. De hecho, Jaramillo cita a

21 Marcel Andrés Jaramillo Paredes. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.* Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2011, 71.
22 Gustavo Zagrebelsky. El *Derecho Dúctil: ley, derecho y justicia*. (Torino: Editorial Trotta, 2019), 33.
23 Marcel Jaramillo. *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.* Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2011,71.
24 Gustavo Zagrebelsky. El D*erecho Dúctil: ley derecho y justicia*. (Torino: Editorial Trotta, 2019), 33.
25 Ibíd.,72.
26 Ibid.

Ramiro Ávila diciendo que:

> Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado Absoluto), el Estado de Derecho, el Estado de Derechos. En el Estado Absoluto, el derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría "estricta legalidad". En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder público y privado, está sometido a los derechos.[27]

Este nuevo modelo de Estado podríamos entender que se basa en las teorías del estado constitucional con una característica muy propia que vendría a ser la protección y concepción de los derechos. Para Jaramillo, además se puede señalar que este modelo es el proceso de evolución de diferentes modelos de Estado que se han ido desarrollando, por lo tanto, se confirma una transición de un monismo a un pluralismo jurídico. Los derechos actuarían como una máxima autoridad limitando todos los poderes y finalmente la idea de que las garantías van a permitir que el Estado se desarrolle con plenitud.

4. Derechos como pluralidad de ordenamientos jurídicos

4.1 Antecedentes históricos

El establecimiento del Estado plurinacional y el reconocimiento de la justicia indígena como un ordenamiento jurídico válido, no se debe a una actitud garantista de la Constitución, sino a siglos de lucha y supervivencia de las comunidades indígenas frente al pensamiento occidental. No se puede hablar de la justicia indígena como una sola, dado que cada comunidad tiene su forma puntual de administrar justicia, la cual ha tenido que ir acoplándose tanto a los momentos históricos como a los cambios sociales dentro del Estado. No obstante, el reconocimiento de la justicia indígena en el ámbito constitucional, no se da sino hasta la constituyente de 1998.

A pesar de lo señalado, existen precedentes históricos que demuestran un reconocimiento y apreciación inicial a la forma de administración de justicia indígena que condujeron al establecimiento de un pluralismo jurídico estatal. Las denominadas Leyes de Indias de 1542 son de sus primeras manifestaciones. En ellas, de acuerdo con Miguel Tapia, se regulaba la vida social, económica y política de las colonias, y se determinó que en los conflictos entre indígenas se

27 Ibid.

aplicarían sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos.[28] En este enunciado, a pesar de reflejar un cierto entendimiento de las costumbres indígenas y su importancia como mecanismo de resolución de conflictos, aún prevalece un dominio del derecho español sobre el indígena. Era el pensamiento occidental el que determinaba lo que se consideraba justo y la forma de proceder de las comunidades indígenas.

Siglos después, tras la declaración de independencia y la formación del Estado ecuatoriano, los indígenas estuvieron sometidos al terrateniente local. Los terratenientes servían como una figura de poder y de comunicación entre el Estado y sus trabajadores. A pesar de las condiciones casi siempre deplorables de vida y de trabajo en las haciendas, según Tapia, los terratenientes locales crearon un sistema de liderazgo dentro de aquellas. Se requería de un capitán para asegurar la obediencia indígena frente al patrono.[29] Este sistema no solo permitió que las haciendas siguieran produciendo, sino que generó un incipiente reconocimiento de las autoridades indígenas. Sin embargo, en ninguna circunstancia se permitió cualquier forma de administración de justicia ajena a la Estatal.

Recién en 1948, con la ideología del proteccionismo cultural, la Novena Conferencia Internacional Americana aprobó la Carta de Garantías Sociales en la que se recomendaba la adopción de medidas necesarias para prestar al indígena protección y asistencia. Poco después, la OIT buscó la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor.[30] Pese a estos avances en el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas, todavía se mantenía una ideología etnocéntrica donde lo civilizado debía velar por lo incivilizado.

En las décadas de los cincuenta, sesenta y setenta, se iniciaron los primeros proyectos de desarrollo rural estatales que generalizaron las organizaciones ligadas al acceso a la tierra y a la producción. Para la comunidad indígena, esto significó que la Ley de Comunas Indígenas y Campesinas remplazara al sistema anterior de organización comunitaria y estableciera su actual estructura del liderazgo: el cabildo.[31]

En décadas posteriores, el movimiento indígena se ha fortalecido hasta lograr el reconocimiento y respeto de sus movimientos sociales de manera generalizada. Inclusive, a nivel internacional se han reconocido sus derechos colectivos en varios instrumentos de derechos humanos. Pero a pesar de una mayor amplitud de derechos, no se podría decir que la lucha indígena ha concluido.

28 Miguel Antonio Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 8.
29 Ibid.
30 Ibid., 9
31 Ibid.

4.2. Administración de la justicia indígena como derecho humano colectivo

El establecimiento del Estado ecuatoriano como un estado de derechos, se debe en gran parte a la concepción de la administración de justicia indígena como un derecho humano reconocido en el ámbito internacional. Al tenor de esta afirmación, Raúl Llasag, establece que:

> Los derechos reconocidos de los pueblos indígenas, incluido el de administración de justicia indígenas son derechos humanos, primero, porque les son reconocidos a las agrupaciones no en cuanto seres abstractos, sino por estar integrados por seres humanos, segundo, porque satisfacen su vocación a la vida social y son condición para que desarrollen sus capacidades y realicen su destino, por lo tanto, rige el principio de indivisibilidad y complementariedad.[32]

De acuerdo con Cartuche, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sostiene que por razones históricas, principios morales y humanitarios; es compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a los pueblos indígenas. Consecuentemente, en 1990 se creó la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas para salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas y tribales de la región y brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos.[33]

El reconocimiento a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se encuentra también en los tratados y convenios internacionales. El convenio 169 de la OIT, reconoce como titular de estos derechos al sujeto colectivo culturalmente diferenciado, y dentro de este establece un régimen de reconocimiento de la justicia indígena. En su artículo ocho, dictamina que las legislaciones nacionales deberán tomar en cuenta las costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario. De igual manera, sugiere en lo posible compatibilizar los derechos propios de los pueblos indígenas con la legislación nacional respetando los mecanismos que utilizan las comunidades para solucionar los conflictos.[34] Todo esto modificando ampliamente el concepto del monismo jurídico. A nivel universal, los Estados se han comprometido a garantizar los derechos humanos de estos pueblos a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. En igual sentido, a nivel regional se ha propuesto la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, vigente desde junio de 2016, fecha en la que fue aprobada.

32 Raúl Llasag Fernández. "Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena". *Aportes Andinos* (2002), 2.
33 Ángel Cartuche Cartuche . *El control constitucional las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, 15.
34 Ibid., 13

Por lo tanto, el reconocimiento de la justicia indígena en el ámbito internacional sugiere la construcción de una norma para compatibilizar la norma positiva ordinaria y las normas provenientes de costumbres y tradiciones indígenas. Sobre todo, invita a los jueces a cambiar los esquemas de las sentencias y pensar en una interpretación intercultural encaminada a superar las prácticas discriminatorias y hacer posible la participación de los pueblos en la adopción de decisiones.[35] En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es obligación de los Estados garantizar que los pueblos indígenas y tribales continúen "viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas sean respetadas, garantizadas y protegidas".[36]

4.3. El Estado como un régimen de pluralidad de derechos

El artículo primero de la Constitución de la República de 2008 establece que el Ecuador es un "Estado constitucional de derechos, justicia […], intercultural y plurinacional".[37] Efectivamente, y a diferencia de constituciones anteriores, se refiere a un régimen de derechos en plural que conlleva a connotaciones políticas, jurídicas, filosóficas y constitucionales.

Según Mario Cevallos, se ha reconocido la coexistencia de varios sistemas jurídicos que se aplican simultáneamente en la misma jurisdicción territorial en donde un Estado como el Ecuador ejerce soberanía. Se habla, por un lado, de un sistema jurídico de uso general promovido por el Estado, y por otro, de los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas. Dichos sistemas jurídicos propios están compuestos, como todos los sistemas jurídicos del mundo, de normas que rigen la actuación de las personas y las instituciones, con base en las cuales las autoridades declaran derechos y atribuyen responsabilidades. Consecuentemente, cada sistema jurídico propio supone la existencia de una jurisdicción indígena, encargada de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en virtud de las normas que lo conforman.[38]

Conjuntamente, atiende a tres cuestiones principales: el centro de atención y protección a las personas y a las colectividades como sujetos prioritarios de derechos; que todos los derechos humanos tengan igual valor y sean protegidos en igual medida e intensidad; y el reconocimiento formal de otros sistemas de justicia y derechos como es el caso del derecho propio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.[39]

35 Ibid.

36 Caso del pueblo Saramaka vs. Suriname. Corte IDH, 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Párr. 121.

37 Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

38 Mario Melo Cevallos.*¿Cómo reconocer al derecho indígena cuando lo vemos? Hart y Dworkin en Sarayaku*, 202. En Ávila Santamaría, Ramiro. *Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 197-208.

39 Raúl Llasag Fernández. *Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos*

Para los positivistas, la concepción de un Estado con un sistema jurídico alternativo a aquel del estatal, resulta inconcebible. De acuerdo con Hans Kelsen en la Teoría pura del Derecho, los otros derechos nacionales ajenos al derecho estatal, y el derecho internacional, no deberían ser normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.[40] El poder coactivo y el monopolio legislativo, en síntesis, es del Estado.

No obstante, para aquellos como el constituyente ecuatoriano y Boaventura de Souza:

> El pluralismo jurídico es una teoría en la cual se parte de la idea que pueden coexistir dos órdenes jurídicos dentro de un espacio y tiempo determinado. Supone una definición alternativa del derecho que se opone a un monopolio en la producción estatal de las normas jurídicas. El Estado no es el único centro productor de normas jurídicas, sino que igualmente los grupos sociales diferentes al Estado tienen la legitimidad para producirlas, siempre y cuando se establezcan sus objetivos propios, se determinen los mecanismos para obtener tales objetivos, se distribuyan funciones específicas de los individuos que integran el grupo para que cada uno aporte mediante los medios previstos, para alcanzar el fin y coexistan diferentes culturas.[41]

Por ello, el pluralismo jurídico implica percibir la complejidad de normas que existen dentro de un mismo Estado. Es una evolución del Estado intercultural y plurinacional, donde se aprecia la diversidad, heterogeneidad de la población y la creación de derecho. En lo que se refiere al Estado intercultural y plurinacional, este tipo de constitucionalismo busca establecer una relación igual y respetuosa entre distintos pueblos y culturas, a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas, y mantener la unidad como garantía de diversidad.[42]

Al ser el estado de derechos un modelo de Estado intercultural y plurinacional, Agustín Grijalva establece que este no puede ser sino dialógico, concretizante y garantista.[43] Dialógico, porque busca una discusión constante para así llegar a un entendimiento de un sistema del otro. Concretizante porque pretende soluciones específicas y rápidas para situaciones complejas que puedan utilizarse reiteradamente en el futuro, es decir busca generalizar soluciones. Finalmente, garantista, porque para llegar a soluciones efectivas debe tener sobre todo un entendimiento de los valores y derechos humanos.

---

indígenas en el Ecuador, 210. En Ramiro Fernando Ávila Santamaría. *Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 209-224.

40 Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho. (*Buenos Aires: Eudeba, 1960), 207.

41 Ángel Cartuche Cartuche. *El control constitucional a las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017, 10.

42 Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: V&M Gráficas, 2012, 96

43 Grijalva, Agustín. "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008". *Ecuador Debate* (2008), p.56.

Frente a todo lo previamente dicho, destaca una concepción del estado de derechos como una descolonización del poder, saber, ser y concepción cosmológica de la madre naturaleza. Para Catherine Walsh, desde la invasión española se implementó un régimen colonial que clasificaba a la sociedad con base en la raza y género.[44] La jerarquía y división con el blanco en la cima y el afrodescendiente y los pueblos originarios al final, pretendía eliminar de manera negativa las diferencias históricas y culturales de las minorías. Solamente dejándolas como tal: minorías.

De manera similar, la colonialidad del saber buscaba posicionar al conocimiento europeo como la única perspectiva y descartar o descalificar la existencia de otros conocimientos. El inferiorizar a los seres humanos, la colonialidad del ser, buscaba crear una imagen del indio como inferior, menor, rústico, como un ser que requería de un protector porque no podía valerse por sí mismo. Esto sirvió como justificativo para la esclavitud y violencia contra las poblaciones indígenas. Por último, la colonialidad cosmogónica de la madre naturaleza y de la vida misma, buscaba descartar la filosofía andina de la *Pachamama* como madre y generadora de vida.[45] Con el establecimiento del estado plurinacional y posteriormente el estado de derechos, se puso fin a este sistema de colonialidad ya que se reconoció como uno de los derechos de los colectivos indígenas, la autonomía jurisdiccional; demostrando la importancia del reconocimiento de la justicia indígena para evitar abusos por parte del Estado.

5. Conflictos del pluralismo jurídico

5.1. La aplicabilidad de la justicia indígena: competencia y jurisdicción

Tras establecerse como un estado plurinacional e intercultural de derechos, el Estado ecuatoriano reconoció en el artículo 171 de su Constitución el derecho de las autoridades indígenas a ejercer "funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su propio derecho, dentro de su ámbito territorial, con garantías de participación y decisión de las mujeres".[46] A primera instancia, esto parece ser un reconocimiento pleno de la justicia indígena, pero la Constitución no se olvida de establecer unos límites: la norma constitucional y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.[47]

44 Catherine Walsh. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado, 4-7. En Albagli, Sarita y Maciel, María Lucia. Conocimiento, capital y Desarrollo: dialecticas contemporaneas. Buenos Aires: Editorial La Crujía, 2009, 1-23

45 Catherine Walsh. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado, 4-7. En Albagli, Sarita y Maciel, María Lucia. *Conocimiento, capital y Desarrollo: dialecticas contemporaneas*. Buenos Aires: Editorial La Crujía, 2009, 1-23

46 Artículo 171. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

47 Id.

Al respecto, Julio César Trujillo menciona que la jurisdicción y competencia consuetudinaria es diferente en el ámbito de la aplicación de la justicia indígena, por cuanto las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en base a su realidad cultural y su cosmovisión, crean sus propias instituciones y normas que regulan su vida social comunitaria.[48] El derecho indígena es constantemente dinámico y se va adaptando a las circunstancias y realidades de cada pueblo y comunidad, haciendo muy difícil que se puede establecer un término tal como una sola jurisdicción indígena. Como se mencionó al hablar del Estado ecuatoriano como un estado de derechos, cada comunidad y pueblo indígena tiene sus propias formas de ejercer justicia y sus normas.

Teniendo esto claro, la norma constitucional abre camino para definir lo que se concibe como una autoridad comunitaria.

> […] en primer lugar, la autoridad […] es un tercer interesado en restablecer la armonía en la colectividad, perturbada por el conflicto y no en satisfacer sus intereses propios, ni los de una de las partes solamente; en segundo lugar, la víctima de los actos u omisiones que han infringido las reglas de la convivencia armoniosa pacífica, y, tercero, el responsable de los actos u omisiones dañosos.[49]

Se podría decir entonces, que las autoridades indígenas son personas electas popularmente para servir a la comunidad y que, debido a su conocimiento social, cultural y político, gozan de la confianza colectiva para ejercer funciones jurisdiccionales. Estas funciones siempre se constituyen en la base social territorial conocida como la comuna o comunidad.

Los conflictos inician cuando se habla de la competencia, el parámetro físico de aplicación de la jurisdicción, ya que aún existen muchas áreas grises que no han sido determinadas claramente ni por la Constitución ni por el derecho positivo. En el derecho ordinario, la competencia tradicionalmente se da en torno a la materia, persona y territorio. Pero al hablar de justicia indígena, un derecho que no se organiza de la misma manera que el ordinario, hace difícil establecer el territorio, las materias, en qué casos y qué personas deben ser sometidas a esta.

Una de las pocas excepciones claramente identificables a la competencia indígena, es cuando los ilícitos atentan contra la seguridad del Estado tanto interna como externa. Dichas situaciones, exceden siempre el campo de acción de las autoridades indígenas y necesariamente se deberá contar con las fuerzas de seguridad internas o externas para contrarrestar la situación.[50]

48 Ángel Cartuche. *El control constitucional las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 28.

49 Ibid., 29

50 Miguel Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 32.

5.2. Conflictos de competencia en torno a la materia

Inicialmente, al hablar de la competencia en razón de la materia, se debe establecer que la división por materias dentro del derecho indígena no existe. En consecuencia, las autoridades indígenas tienen la jurisdicción para solucionar cualquier tipo de conflictos ya sea en materia civil, administrativa, laboral, penal, o cualquier otra.[51]

Pero siendo que los ilícitos en torno a la materia penal o en cualquier otra materia donde un delito sea considerado grave podrían afectar también al Estado ecuatoriano, ¿deberían las autoridades indígenas tener una competencia para el juzgamiento de aquellos? Esta es una de las preguntas que muchas autoridades tienen aún y se orienta, de manera generalizada, a una visión claramente exclusiva y con la intencionalidad de mantener la hegemonía del derecho ordinario sobre aquel propio de los pueblos indígenas.

Julio César Trujillo señala que aunque la autoridad llamada a conocer los diferentes conflictos no siempre es la misma, ni las reglas aplicables son iguales en todos los casos, la distinción no obedece a las clasificaciones y categorías del derecho estatal. Por lo que resultan violatorias de la autonomía indígena las pretensiones de dejar a las autoridades indígenas los conflictos que a juicio de legislador estatal sean de menor cuantía y sustraer de ellas las que juzga de mayor importancia.[52]

Mientras que existen comunidades donde las autoridades indígenas resuelven todos los casos relevantes en la comunidad, hay otras que dialogan y coordinan con la justicia ordinaria para resolver problemas que a su criterio no son de su competencia o generan dificultades, y por tanto resulta mejor recurrir a la justicia ordinaria o estatal para fortalecer la comunidad.[53] Esto deja claro que no se podría asignar a las comunidades que no han conocido determinados casos el tratamiento de estos; ni tampoco se podría imponer a aquellos pueblos indígenas que sí conocen todos los casos de la comunidad, que dejen de hacerlo. Existe pues, una autonomía de jurisdicción y legislación de la justicia indígena frente a la ordinaria.

Para Raúl Llasag, el obligar a la justicia indígena a seguir los lineamientos de la justicia ordinaria, significa no entender el nuevo régimen constitucional plurinacional e intercultural, y reproducir el régimen colonial, en donde la justicia indígena está subordinada a la justicia ordinaria, porque la considera

51 Ángel Cartuche. *El control constitucional las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017, 32.

52 Julio César Trujillo. *Justicia indígena y pluralismo jurídico.* Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. (Madrid: Laura Giraudo, 2008), 312.

53 Santos Boaventura de Sousa.. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. (Quito: Abya Yala, 2013), 21.

inferior y salvaje. Por tanto, no puede conocer delitos graves, sino únicamente delitos leves.[54]

Esta forma de coordinación y cooperación donde el Estado se reserva a escoger qué materias le competen a la jurisdicción indígena es lo que el profesor Buenaventura de Sousa Santos denomina suma cero. Es decir, una justicia termina subordinando a la otra y sale ganando en perjuicio de la primera. Esta forma de coordinación y cooperación es contraria al régimen constitucional que exige niveles de igualdad formal, material y práctica para que todos los sistemas se fortalezcan.[55] En consecuencia, la justicia indígena no es un sistema alternativo, sino uno autónomo e independiente.

5.3. Conflictos de competencia en torno a las personas

Por otro lado, en un sistema pluralista como el ecuatoriano, la tarea al momento de determinar cuál es la autoridad jurisdiccional que debe conocer determinado caso en el que se encuentran involucradas personas indígenas y no indígenas se torna complejo en atención a que no existen parámetros claros y establecidos. En este sentido se hace necesaria la intervención de un tercer órgano que dirime estos conflictos, mismo que deberá ser imparcial y observar las particularidades y características de cada sistema, sin que esto genere vulneraciones a derechos.[56] Como lo menciona Tapia, la labor del tercero le fue concedida y confiada a la Corte Constitucional que está facultada para dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. La tarea no es nada sencilla, ya que la corte debe observar el amplio margen de actuación dado a la jurisdicción indígena por la misma constitución.[57]

El escenario ideal para un juzgamiento indígena involucra los siguientes aspectos: que se trate de un conflicto entre indígenas de una misma comunidad, que estos voluntariamente decidan someterse a las autoridades indígenas, que el conflicto se haya suscitado en el territorio de la comunidad, que exista un precedente del caso, y que exista un órgano de administración de justicia indígena.[58] Al reunirse todos estos factores, se maximiza la competencia de las autoridades indígenas, sin que sea posible una intromisión estatal.

54 Raúl Llasag Fernández. *Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador*, 222. En Ávila Santamaría, Ramiro. Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013, 209-224.

55 Santos Boaventura de Sousa. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya Yala, 2013, 21.

56 Miguel Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 32.

57 Ibid.

58 Ibid, 34

Pero no siempre se puede contar con este ideal. Las interrogantes comienzan cuando se ven involucrados indígenas de distintas comunidades, no indígenas en un territorio indígena, indígenas que no se identifican o autodefinen como tal, no indígenas que voluntariamente quieren someterse a la competencia de las autoridades indígenas y que viven en territorios indígenas, indígenas sometidos a la justicia ordinaria, y muchos otros casos.[59] Por el momento, como se mencionó previamente, la única solución a conflictos frente a este tipo de casos le corresponde a la Corte Constitucional. Sin embargo, parece interesante plantear en este escrito y como se propondrá en las conclusiones, una solución complementaria: un fuero especial indígena.

5.4. Conflictos de competencia en torno al territorio

De acuerdo con la Constitución, uno de los elementos para la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas es el ámbito territorial. Contrario a lo que se podría suponer, el establecer el territorio dentro del cual las autoridades indígenas pueden administrar justicia no es tan sencillo y es el problema más complejo que plantea la nueva Constitución.

En primera instancia, de conformidad con Agustín Grijalva, el delimitar los territorios indígenas, especialmente en la región interandina, no es tarea fácil debido a que esta región se caracteriza por la convivencia de indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en ciudades. En otras palabras, no hay, sino por excepción, la continuidad y delimitación territorial a la que hace referencia la norma constitucional.[60]

De manera similar, cuando se habla del territorio indígena no solo se está refiriendo al territorio reconocido como propiedad, sino también a los que tradicionalmente han sido ocupados por un pueblo.[61] Determinar los territorios que han sido históricamente ocupados por comunidades no es posible y, por lo tanto, no se podría establecer con claridad qué predios les pertenecen a las comunidades y cuáles a los sujetos privados. Según Enrique Ayala Mora, "aunque parecería obvio que ahí donde hay mayoría de población indígena existe un territorio indígena, eso no implica un ámbito claro de la jurisdicción".[62]

Soluciones a estos conflictos se han tratado en el pasado. Por ejemplo, la Constitución de 1998 preveía la posibilidad de crear circunscripciones territoriales indígenas mediante la ley. A pesar de esta ser una gran idea y de varios inten-

59 Ibid.

60 Agustín, Grijalva. "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008". *Ecuador Debate* (2008), 21.

61 Miguel Tapia León. *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, 37.

62 Enrique Ayala Mora. *El derecho ecuatoriano y el aporte indígena*, p.115. En Salgado Judith. Justicia indigena. Aportes para un debate. Quito: Editorial Abya-Yala, 2002, 105-124.

tos por formular proyectos de ley, hasta la presente fecha no se ha concretado nunca una circunscripción de este orden.[63]

Frente a esta situación, Ayala Mora menciona que la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, propuso que se entienda como ámbito territorial el espacio o área habitualmente ocupado por las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a las que pertenezca la autoridad. El problema con esto radica en que las tierras habitualmente ocupadas por las comunas, en su mayor proporción, están en manos privadas y sujetas a la legislación común vigente en el país. Por tanto, no podrían simplemente extraerse estas extensiones de sus propietarios sin causar vulneraciones a derechos y afectar el carácter unitario y la soberanía del Estado.[64] Pero ¿existe alguna solución alternativa y plausible?

6. El conflicto de las limitaciones al derecho indígena: hasta qué punto se puede limitar el ejercicio de la justicia indígena

6.1. Pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico es un tema cada vez más discutido en el mundo del derecho. Para Pablo Iannello, el pluralismo jurídico "surgió como una expresión de resistencia a la posición dominante de los estados nación a partir de los procesos de descolonización".[65] De hecho, se puede notar que la existencia de ordenamientos jurídicos diferentes en un mismo espacio geográfico o una misma sociedad, no resulta algo difícil de asimilar socialmente. El mejor ejemplo de que este pluralismo jurídico ha estado en los sistemas occidentales es la existencia del derecho canónico y el derecho estatal. En este caso observamos que uno no sustituye al otro y que la limitación al derecho canónico no constituye una vulneración a su derecho a existir.

De hecho, Iannello dice "en América Latina se ha dado una progresiva incorporación en los textos constitucionales de los derechos de los pueblos originarios, respetando su herencia cultural, lo que sin duda incluye sus estructuras normativas".[66]Ahora bien, existe una sentencia que cobra particular fuerza en este tema y que podría ser analizada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

63 Agustín Grijalva. "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008". *Ecuador Debate* (2008), 21.

64 Enrique Ayala Mora. *El derecho ecuatoriano y el aporte indígena*, 115. En Salgado Judith. Justicia indígena. Aportes para un debate. Quito: Editorial Abya-Yala, 2002, 105-124.

65 Pablo Iannello. "Pluralismo Jurídico". *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho,* 1, (2015), 767

66 Pablo Iannello. "Pluralismo Jurídico". Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, 1, (2015), 785

Esta decisión es del Tribunal Superior de la Provincia de Salta en Argentina.[67] Este caso trata sobre un procedimiento penal a un integrante de la comunidad *Misión Wichi*, que era acusado por la violación de su hija de nueve años. El conflicto en este caso radicaba en que si bien existían dos sistemas normativos, el acto de violación está constituido como delito en el derecho estatal mientras que en la comunidad del imputado esto era aceptado como una tradición indígena. Iannello explica que "la tradición cultural se considera un hecho mas no un derecho, en ningún momento se menciona c**ó**mo integrar un sistema de normas indígenas al sistema de derecho penal argentino".[68] Esto es relevante si se analiza desde el derecho ecuatoriano y su intento de una ley de cooperación entre ambos derechos. Ahora bien, para Iannello los jueces tendrían el deber de mostrar una integración y los límites de dos sistemas culturales y legales muy distintos. Algo particularmente interesante es que en esta sentencia el tribunal tuvo una decisión de mayoría de que el acusado no podía ser juzgado por ellos ya que el mismo Tribunal no tendría mérito suficiente de la identidad cultural del imputado.

Como se mencionó previamente, este caso corresponde a un voto de mayoría y el voto dirimente se relaciona con el concepto de relativismo cultural, que para Iannello tendría un límite en el estado constitucional de derecho. El relativismo cultural es "una postura que asume la inconmensurabilidad de los conceptos y valores que deben ser considerados como válidos dentro de las imágenes del mundo definidas".[69] Básicamente es la consideración de cada cultura como un sistema social determinado y que es caracterizado por lo que se considera son sus propios valores y elementos que le constituyen y sus respectivos símbolos e instituciones. Esto genera la idea utópica de poder extraer una jerarquía objetiva de unos valores.[70]

Lo que propone Iannello es que se debe entender al pluralismo jurídico como una oportunidad para ayudar a entender los subsistemas y que estos pueden entrar en una especie de conflicto en cualquier momento con el derecho o sistema estatal. Sin embargo, poder comprender estos sistemas va a permitir la elaboración de reglas de interpretación que van a aportar en el proceso de armonizar los diferentes niveles del lenguaje de las distintas culturas en un mismo espacio.

6.2. Cooperación entre sistemas

Como se veía previamente, el Ecuador en su Constitución obliga a "garantizar las decisiones de la jurisdicción indígena".[71] Dentro de las posibles soluciones

67 Ibid.
68 Ibid.
69 Nicolás Sánchez Durá. "Actualidad del relativismo cultural" *Scielo,* 41, (2013).
70 Andrea Suárez. "Relativismo Cultural". Slideshare. (Octubre 2011). https://es.slideshare.net/aslsuarez/relativismo-cultural-9533523
71 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 171. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

que se han discutido a lo largo de los años para hacer efectiva esta norma constitucional, está la creación de una fiscalía indígena, pero sobre todo la creación de la Ley de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria ecuatoriana.

De hecho, el Ecuador ya ha tenido este pluralismo jurídico desde la Constitución de 1998 en donde se establecía en el artículo 191 párrafo tercero que:

> […] Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional[72].

Se puede notar la necesidad de una ley que armonice las funciones de la justicia indígena con las de la justicia ordinaria. Este proceso en la Constitución de 2008 cambia ya que en su artículo 171 se fija como prioridad la creación de una Ley de Cooperación y Coordinación. Sin embargo, cabe hacer un análisis de la concepción del derecho indígena y su subordinación.

Dice Llasag Fernández que "la compatibilización está pensada a partir de la subordinación de la jurisdicción indígena a la justicia ordinaria".[73] Esta era la concepción, o, mejor dicho, la redacción de la Ley Fundamental de 1998. Sin embargo, la de 2008 parte desde un principio de coordinación que está fuertemente vinculado a la igualdad. Si partimos desde la idea de igualdad, para Llasag Fernández llegamos a un diálogo y en este diálogo se puede coordinar y cooperar. Esto no es una coincidencia pues como se veía previamente, en el caso Salta de Argentina, Iannello ya señalaba la necesidad de una cooperación y coordinación en forma de diálogo.

¿Qué constituye una verdadera coordinación y cooperación? Para Llasag Fernández, esto vendría a ser la "no vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional"[74] que es reconocida a favor de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. Ahora bien, Llasag Fernández establece algo fundamental y esto es que la verdadera cooperación y coordinación ocurre en una manera tan amplia que "no es materia de una ley e inclusive una ley puede ser un obstáculo para el nivel de coordinación y cooperación"[75] que se requiere. Para justificar este razonamiento, el autor presenta el caso de Bolivia con la Ley de Deslinde de Jurisdicciones. Esta ley eliminó a la justicia indígena limitándola solamente a casos que no se encontrarían tipificados en esta norma.

72 Artículo 191, Constitución de la República del Ecuador [derogada], Registro Oficial No. 1, 11 de agosto de 1998.
73 Raúl Llasag Fernández. "Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena". Aportes Andinos (2002), 210.
74 Ibid.
75 Ibid.

El mayor problema de la Ley de Cooperación del Ecuador viene dado por la búsqueda de una respuesta a la interrogante de si limitar de alguna manera la justicia indígena constituye una vulneración de los derechos de las comunidades ancestrales. La respuesta más persuasiva parece ser la positiva. En el proyecto de ley se discutía qu**é** parte de la cooperación y la coordinación es limitar al derecho indígena a un ámbito de materia. De hecho, este proyecto de ley establecía que la justicia indígena no podría conocer casos en materia penal, materia civil y los procesos laborales.

En materia penal se limitaba el conocimiento de la justicia indígena a cierto grupo de derechos. Se le impedía conocer casos de delitos contra el derecho internacional humanitario[76], delitos de naturaleza transnacional, delitos de seguridad interna y externa del Estado, delitos contra administración pública, infracciones tributarias, delitos en materia de estupefacientes, delito de lavado de activos, delitos sexuales y homicidio.

En materia civil, laboral, administrativa y tributaria, se propuso que cualquier proceso que tenga al Estado como parte no puede ser tratado por la justicia indígena. Finalmente, la materia laboral y ambiental se apegaba a un estricto carácter estatal. Estas limitaciones no tienen una coherencia en sentido de todos los derechos que son otorgados a las comunidades, pueblos y nacionalidades que no pueden ser tramitados mediante su justicia. Se podría pensar que el argumento es que hay delitos o casos que deben ser tratados por el Estado ya que son de interés general, pero eso justamente pone al derecho indígena en una subordinación frente al derecho estatal. Llasag Fernández –de hecho– afirma que en estas reformas "la Justicia Indígena se reduce a un sistema alternativo, como es la mediación, lo cual obviamente es contrario a un estado plurinacional en donde se parte de la igualdad de los sistemas jurídicos".[77]

7. Conclusión

El hecho de que la justicia indígena se encuentre regulada en nuestro sistema normativo ha levantado varias discusiones dentro de la academia y la jurisprudencia nacional. La Constitución del 2008 determina ciertos derechos para los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, pero se entiende que estos no serán absolutos, o ilimitados. Los derechos subjetivos se encuentran en todos sus casos con escenarios o normas que hacen que estos no siempre se impongan frente al resto. Sin embargo, la búsqueda de una colaboración o de un proyecto de ley sobre la cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, ha levantado la sospecha de que no solo se está limitando al derecho, sino que además se lo podría estar vulnerando.

76 Agresión, genocidio y crímenes de lesa humanidad.
77 Ibid.

La vulneración que se advirtió previamente tiene una arista adicional, que parece tener mucha relevancia en esta discusión. No solo se estaría vulnerando el derecho a tener su propio sistema ancestral de justicia, sino que también se estaría violando el derecho a mantener su propia identidad cultural. Entender que un sistema ancestral de purificación forma parte de su cultura es comprender al derecho como parte de un fenómeno social que implica un sistema regulador a partir de sus propias costumbres y tradiciones. La cosmovisión de los pueblos indígenas acerca del castigo es uno de los pilares para mantener su identidad, pero a la vez puede afectar el reconocimiento de los derechos de los que todos gozamos como seres humanos. El derecho forma parte de una cultura y removerlo o subordinarlo sería sacudir la memoria histórica de sus costumbres y de poder acceder a un verdadero patrimonio cultural.

Nuestra Constitución añade en el artículo 21 que "no se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución".[78] Esta última línea del artículo podría señalar que el derecho estatal es superior y, por tanto, no podría la justicia indígena presentar un conflicto ante este derecho porque aquel tendría mayor peso. Sin embargo, hacer esto representa una clara vulneración al derecho cultural y de acceso a la justicia que ampara a las comunidades indígenas.

No toda regulación es una vulneración. Se debe entender como se ha planteado previamente, que el camino correcto, como lo señaló Llasag Fernández, es la cooperación que no limite al sistema de justicia indígena a un simple mecanismo de resolución de unos pocos conflictos. La constitución del Ecuador reconoce en su preámbulo las raíces milenarias que fueron forjadas por distintos pueblos y además señala que busca construir una sociedad diversa. La manera de hacer esto no es forzando nuestro sistema de justicia a los pueblos, nacionalidades y comunidades del Ecuador, sino encontrando el punto medio y un plan de cooperación que alcance el correcto funcionamiento de dos sistemas normativos conviviendo en un mismo territorio.

Podría pensarse entonces en mecanismos de cooperación que no subordinen a la justicia indígena, sino que compartan sus valores con la justicia ordinaria. Un ejemplo son las cortes especializadas en justicia indígena como lo reconoce la Corte Constitucional colombiana que en su decisión del 2012 estipula que:

> El derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento

78 Artículo 21, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

> acorde con la organización y modo de vida de la comunidad, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.[79]

Por tanto, esta solución propuesta por varios académicos implica que todas las personas que se identifican o autodefinen como indígenas están automáticamente fuera del juzgamiento de las autoridades ordinarias, siempre que el conflicto se hubiera generado dentro del territorio de las comunidades.

Pero ¿qué sucede con aquellos individuos que, a pesar de vivir dentro del territorio indígena, no se autodefinen como tales? En dichas situaciones el fuero indígena como solución complementaria, es justamente tal. A pesar de que acarrearía la solución para algunos conflictos que se presenten, no puede facilitar todos los casos que no están subsumidos por normas preestablecidas debido a sus particularidades. El fuero especial indígena busca alivianar la carga de la Corte Constitucional y hacer su intervención y recursos necesarios solamente en casos particulares, evitando una sobrecarga a las instituciones estatales.

Además, se debe considerar que el significado de territorio para los indígenas es muy distinto, ya que involucra la vida cultural del grupo. Dentro de los respectivos territorios, se desarrollan las actividades sociales, religiosas y ecológicas de la comuna. La tierra no es solo una propiedad, sino un ente vital y espiritual. Como lo ha reconocido la Corte IDH, los pueblos indígenas y tribales tienen una conexión intrínseca con su territorio que debe ser garantizada por los Estados para asegurar la "supervivencia física y cultural [de estos pueblos], así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión".[80]

Con base en lo mencionado en este escrito y acogiendo la propuesta de Tapia, la solución a la competencia en relación con el territorio podría ser la creación de circunscripciones territoriales indígenas de carácter flexible o permeable dentro de las cuales, de ser necesario, podrían intervenir autoridades ordinarias. Los grupos no indígenas que vivan en dichos territorios podrían ser juzgados por la autoridad competente, en un marco de respeto mutuo entre jurisdicciones.[81]

A pesar de las posibles soluciones planteadas, aún quedan muchos debates por resolver en torno a la justicia indígena debido al carácter social del derecho y la diversidad cultural de nuestro territorio. La mejor solución para los conflictos es trabajar en una verdadera cooperación y coordinación entre ambos sistemas reconocidos en la constitución, que tienen impacto en el mismo concepto de estado constitucional de derechos. Subordinar la justicia indígena no es una

79 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-921 de año 2013

80 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Párr. 112

81 Miguel Tapia León. *Ob. Cit.*38

respuesta que garantice el derecho de autodeterminación de los pueblos, sin embargo, no se debe olvidar que existen derechos fundamentales reconocidos por instrumentos internacionales de derechos humanos que bajo ninguna justificación podrían ser vulnerados, como la norma *ius cogens* sobre la prohibición de la tortura.